

11 | Een binnenstedelijke herontwikkeling

Van: J.M. Hebly
Aan: M. van Pelt
Vorm: Casus

OPDRACHT

Woningcorporatie Woonzorg heeft besloten in een van de Randstedelijke 'prachtwijken' een appartementencomplex (circa 40 appartementen) (geraamde bouwsom € 8 mio) te realiseren. Om de herstructurering van de wijk een 'boost' te geven zal daartoe een oud flatgebouw worden gesloopt om ruimte vrij te maken. In het nieuwe complex wordt in overleg met de gemeente een basisschool gevestigd (geraamde bouwsom € 1,3 mio), die ook voor- en naschoolse opvang gaat bieden. Een aantal ruimten zal zogenaamde schoolappartementen betreffen (geraamde bouwsom € 2,1 mio), dat zijn schoollokalen die na de 'baby boom' eenvoudig kunnen worden omgebouwd tot appartementen. In de plint van het complex (begane grond) zijn commerciële ruimten gepland (geraamde bouwsom € 1 mio). Het geheel wordt gecompleteerd met een ondergrondse parkeergarage (geraamde bouwsom € 4,2 mio), waarbij nog onduidelijk is of deze eigendom wordt van de gemeente of van een private exploitant.

Behandel de aanbestedingsrechtelijke aandachtspunten van de hierboven beschreven casus. Waar meer mogelijkheden zijn gegeven, gaarne ieder van de opties bespreken.

UITWERKING

1 INLEIDING

De woningbouwcorporatie (de 'Corporatie') is voornemens een project te ontwikkelen. Dit project bestaat uit:

- a. appartementen à € 8 miljoen;
- b. schoolgebouw à € 1,3 miljoen;
- c. schoolappartementen à € 2,1 miljoen;
- d. commerciële ruimten à € 1 miljoen; en
- e. ondergrondse parkeergarage à € 4,2 miljoen.

De totale waarde van het project bedraagt € 16,6 miljoen.

De centrale vraag bij dit project is de vraag in hoeverre de Corporatie naar geldend recht verplicht is dit project aan te besteden. Hiertoe dient allereerst onderzocht te worden of sprake is van een overheidsopdracht voor werken, daar een aanbestedingsplicht geldt voor (onder andere) overheidsopdrachten voor werken. De overheidsopdracht voor werken wordt gedefinieerd in art. 1 sub h van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ('Bao')¹ en dient te voldoen aan de volgende vereisten:

'Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer aannemers en

een of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking heeft op:

1. uitvoering of het ontwerp en de uitvoering:

- van werken in het kader van een van de werkzaamheden, genoemd in bijlage 1, of

- van een werk, of

2. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.'

In de onderhavige casus is sprake van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (over en weer zijn prestaties verschuldigd). Bovendien wordt de overeenkomst gesloten door een of meer aannemers en heeft deze betrekking op de uitvoering van werken. Het element dat meer onderzoek behoeft is de vraag of de Corporatie gekwalificeerd moet worden als aanbestedende dienst. Indien dit niet het geval is, dient onderzocht te worden of en zo ja welke onderdelen van het project desalniettemin kwalificeren als overheidsopdracht. Zodat voor deze onderdelen dan alsnog een aanbestedingsplicht bestaat, rekening houdende met de drempelwaarde. Ten slotte kom ik tot de

¹ Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Stb.* 2005, 408.

conclusie dat de Corporatie mijns inziens aanbestedingsplichtig is voor het gehele project.

2 AANBESTEDENDE DIENST/PUBLIEKRECHTELIJKE INSTELLING

Onder een aanbestedende dienst wordt op grond van art. 1 sub r Bao verstaan de Staat, provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke instellingen. In art. 1 sub q Bao is de definitie van publiekrechtelijke instelling opgenomen:

‘Een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit *en* waarvan:(a) de activiteiten in hoofdzaak door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd;(b) het beheer onderworpen is aan toezicht door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling; of (c) de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan, voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.’

De definitie bestaat uit drie cumulatieve elementen (doelstelling, rechtspersoonlijkheid en financiering/toezicht) waaraan voldaan dient te zijn om te kunnen spreken van een publiekrechtelijke instelling. Het derde element bevat drie alternatieve vereisten, waarbij derhalve slechts aan één van de drie genoemde vereisten dient te worden voldaan.

Het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ wordt bovendien verder ingevuld aan de hand van jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (‘Hof’). Het algemene uitgangspunt is dat het begrip ‘gelet op de dubbele doelstelling van openstelling voor concurrentie en transparantie’ die de aanbestedingsrichtlijnen nastreven ‘een functionele en ruime uitlegging moet krijgen’.²

Voorts blijkt uit het Mannesmann-arrest³ dat aan de hand van de wettelijke bepalingen of de doelomschrijving van de statuten van een instelling moet worden nagegaan of en in welke mate deze instelling is opgericht ‘om te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard’. Zelfs als de instelling sinds de oprichting meer commerciële dan publieke taken is gaan verrichten, maar volgens de statuten nog steeds een taak van algemeen belang heeft (die niet van industriële of commerciële aard is), dan blijft de instelling een publiekrechtelijke instelling als bedoeld in het Bao.

2 E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, § 3.2.1.3.

3 HvJ EG 15 januari 1998, nr. C-44/96, *Jur.* 1998, p. I-00073 (*Mannesmann*).

Voor de beoordeling van het element of de instelling voorziet in behoeften van algemeen belang die al dan niet van industriële of commerciële aard zijn, zijn de arresten *Agora*⁴ en *Korhonen*⁵ van belang. Van een instelling die voorziet in behoeften van algemeen belang, die wel van industriële of commerciële aard zijn, is sprake indien de instelling:

- a. opereert onder normale marktomstandigheden, en
- b. bestuurd wordt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, en
- c. winstoogmerk als hoofddoel heeft, en
- d. zelf de verliezen draagt die voortvloeien uit zijn activiteiten.

2.1 De Corporatie

Dit heeft tot gevolg dat indien de Corporatie als aanbestedende dienst wordt aangemerkt zij aanbestedingsplichtig is voor het gehele project. Maar indien de Corporatie niet wordt aangemerkt als publiekrechtelijke instelling en derhalve niet als aanbestedende dienst, is zij in beginsel niet aanbestedingsplichtig.

Als we dit toepassen op de onderhavige casus, lijkt het mij alleszins verdedigbaar dat de Corporatie geen publiekrechtelijke instelling is. Er wordt immers wellicht voorzien in behoeften van algemeen belang (zoals sociale woningbouw),⁶ maar de Corporatie opereert in het algemeen onder normale marktomstandigheden, heeft een winstoogmerk en draagt zelf de verliezen.⁷

2.2 De School

Dat de Corporatie niet aanbestedingsplichtig is, betekent niet automatisch dat het gehele project niet hoeft te worden aanbesteed. Ook aparte onderdelen kunnen een aanbestedingsplicht met zich meebrengen. Als we de onderdelen individualiseren, kunnen we van de appartementen en winkels wel met zekerheid zeggen dat deze een commercieel doel hebben. Bij de parkeergarage hangt het ervan af of deze privaat dan wel publiek wordt geëxploiteerd. De school is zelf als aanbestedende dienst aan te merken. Een school is een instelling met rechtspersoonlijkheid, die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële en

4 HvJ EG 10 mei 2001, nr. C-223/99 en C-260/99 (*Agora*).

5 HvJ EG 22 mei 2003, nr. C-118/01 (*Korhonen*).

6 Wat in art. 34 BAO specifiek wordt genoemd.

7 M.R. de Boer, 'Invloed van Europese regels en beleidsvoornemens op aanbesteding door woningcorporaties', *BR* 2006, 153.

commerciële aard, waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de gemeente worden gefinancierd. Iets gecompliceerder ligt het met betrekking tot de schoolappartementen. Voor zover deze ruimtes als school gebruikt gaan worden, vallen ze onder de aanbestedingsplicht van de school. Maar als de ruimtes enkel als appartementen gebruikt worden dan zijn ze niet aanbestedingsplichtig, omdat dan hetzelfde regime geldt als bij de Corporatie. Mijns inziens moeten de ruimtes worden beschouwd als school, daar zij primair die functie zullen vervullen en pas in de toekomst – wellicht – een andere functie krijgen.

Bovenstaande leidt tot de conclusie dat de Corporatie op zichzelf niet aanbestedingsplichtig is, maar de school in beginsel wel.

3 AANBESTEDINGSPLICHT VOOR WERKEN ONDER DREMPELWAARDE

Nu vastgesteld is dat in ieder geval sprake is dat op een gedeelte van het project een aanbestedende dienst wil gaan bouwen, dient bekeken te worden wat het onderwerp van de aanbesteding is.

Het Bao is in beginsel slechts van toepassing op overheidsopdrachten die een bepaalde drempelwaarde overschrijden.⁸ Alleen overheidsopdrachten met een geraamde waarde die de toepasselijke drempelwaarde overstijgt, moeten worden aanbesteed. De drempelwaarde voor de uitvoering van werken is momenteel € 4.845.000,- (exclusief BTW).⁹

De waarden van de onderdelen school en schoolappartementen blijven samen onder de drempelwaarde, te weten € 3.400.000,-. Dit heeft in beginsel tot gevolg dat geen aanbestedingsplicht bestaat.

Echter, overheidsopdrachten die niet onder de werking van het Bao vallen moeten soms toch door middel van een oproep tot mededinging op transparante en kansgelijke wijze worden vergeven, namelijk wanneer aannemelijk is dat voor die overheidsopdrachten potentiële belangstelling bestaat bij ondernemingen uit andere lidstaten.¹⁰ Op basis van de locatie, aard en waarde van de opdracht wordt gemeten of belangstelling vanuit het buitenland bestaat.¹¹ In dit geval zal hoogstwaarschijnlijk geen belangstelling bestaan bij ondernemingen uit andere lidstaten. Hoewel de aard en de waarde weliswaar interessant kunnen zijn voor buitenlandse ondernemingen, zal de locatie (de Randstad) te ver zijn.

8 Art. 7 Bao.

9 Zie Verordening nr. 1177/2009 d.d. 30 november 2009 (*PbEU* 2009, L 314/64). De drempelwaarden worden tweejaarlijks herzien.

10 Bijv. HvJ EG 7 december 2000, nr. C-324/98 (*Telaustria*).

11 HvJ EG 15 mei 2008, nr. C-147/06 (*SECAP*).

4 AANBESTEDINGSPLICHT VOOR WERKEN BOVEN DREMPELWAARDE

De situatie verandert indien de parkeergarage niet privaat, maar publiek wordt geëxploiteerd. In het laatste geval is ook de parkeergarage een overheidsopdracht en is ook dit onderdeel aanbestedingsplichtig. Als we dan de school, schoolappartementen en de parkeergarage bij elkaar optellen, komen we op een geraamde waarde van € 7.600.000,- uit, wat de drempelwaarde ruim overschrijdt.

4.1 Doorlegverplichting

Uit het Scala-arrest van Hof blijkt een zogenaamde 'doorgelegde aanbestedingsplicht'. Grondeigendom mag naar oordeel van het Hof niet in de weg staan aan de naleving van het Europese aanbestedingsrecht.¹²

Het Hof overwoog in dit arrest dat het mogelijk is om de aanbesteding door de private grondeigenaar (in casu de Corporatie) te laten verzorgen als gevolmachtigde van de aanbestedende dienst (in casu de school).

Dit betekent kortweg dat de Corporatie op zichzelf, mijns inziens, in beginsel niet aanbestedingsplichtig is. Maar dat via de doorgelegde aanbestedingsplicht van de school, de Corporatie de aanbestedingsplicht gedelegeerd krijgt van de School.

De Corporatie moet derhalve in ieder geval, via de doorgelegde aanbestedingsplicht, de school, school/appartementen en de (publieke) parkeergarage aanbesteden.

4.2 Eén werk

Het kan zelfs zo zijn dat de Corporatie niet slechts gehouden is de publieke onderdelen aan te besteden, maar dat zij het gehele project moet aanbesteden.

Uit het arrest *Auroux c.s./Roanne*¹³ blijkt dat zelfstandige (publieke en private) onderdelen van een gebiedsontwikkeling onder bepaalde omstandigheden gezamenlijk als één werk moeten worden aangemerkt waarvoor een integrale aanbestedingsplicht bestaat. Indien een aanbestedende dienst met een gebiedsontwikkeling in zijn geheel een bepaald doel nastreeft, volgt daaruit volgens het Hof dat de gebiedsontwikkeling in zijn geheel een bepaalde economische functie heeft en dus één (integraal) werk is. Ter bepaling van de waarde van een opdracht moet volgens het Hof rekening gehouden worden

12 HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-399/98 (*Scala*).

13 HvJ EG 18 januari 2007, nr. C-220/05 (*Auroux c.s./Roanne*).

met de totale waarde van de opdracht voor de uitvoering van werken vanuit het oogpunt van de potentiële inschrijvers.¹⁴

Het is goed verdedigbaar dat de projectonderdelen gezamenlijk als één werk worden gezien. Het Bao definieert werk in art. 1 sub g als:

‘het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.’

De onderdelen kunnen als technisch of economisch geheel worden gezien. Immers de gebouwen en de parkeergarage zijn zodanig met elkaar verbonden dat het als één project zal worden gezien. Bovendien stelt de aanbestedende dienst (de School) wat betreft de publieke onderdelen projectspecifieke eisen en draagt zij ook financieel bij.

5 CONCLUSIE

Waar eerst werd gedacht dat de Corporatie, als commercieel gedreven organisatie, niet aanbestedingsplichtig zou zijn, blijkt bij verdergaand onderzoek dat het evenzeer van belang is te kijken naar individuele onderdelen die onder de opdracht vallen. Ook indien een Corporatie niet als aanbestedende dienst kwalificeert, kan zij toch aanbestedingsplichtig zijn als haar project veel aanbestedingsplichtige onderdelen omvat. Van belang is dan te kijken wat de geraamde waarde van de opdracht is en of dit de drempelwaarde van het Bao overschrijdt. Indien dit het geval is, is de opdracht per definitie aanbestedingsplichtig. Maar ook indien dit niet het geval is, kunnen de regels van eerlijke mededinging met zich meebrengen dat toch een aanbestedingsplicht bestaat. Ten slotte blijkt uit jurisprudentie dat ook indien een project slechts voor een gedeelte het algemeen belang dient en dus slechts voor een gedeelte aanbestedingsplichtig is, toch het gehele project aanbestedingsplichtig kan zijn, omdat het als één werk in de zin van het Bao kan worden aangemerkt.

Al het bovenstaande in overweging nemende, kom ik tot de conclusie dat de Corporatie linksom dan wel rechtsom gehouden is het gehele project via de aanbestedingsregels van de Bao aan te besteden.

(Aantal woorden: 1843)

14 Zie de beantwoording van de tweede vraag in punt 53 e.v.

C O M M E N T A A R

Goede opbouw. Terecht begonnen bij de vraag of corporatie aanbestedende dienst is. Conclusie terzake is echter wel wat kort door de bocht, met name in het licht van het daarvoor besproken Mannesmann-arrest: indien in de statuten van de corporatie (nog steeds) als doelstelling sociale woningbouw is opgenomen, is niet van belang dat daarnaast voor eigen rekening en risico een groot aantal commerciële activiteiten wordt uitgevoerd. Een aanbestedingsplicht blijft bestaan. Vergelijk HvJEU 27 februari 2003, zaak C-373/00 (Adolf Truley).

Denk eraan dat sinds het Verdrag van Lissabon het begrip EG is vervangen door EU, dus ook: HvJEU.

Als enkel de bouw van de school/schoolappartementen een overheidsopdracht is, is je toetsing aan de SECAP-criteria juist. Overigens stelt de Europese Commissie zich op het standpunt dat Nederland zo klein is dat eigenlijk altijd een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' aanwezig is, zeker bij een geraamde bouwsom van € 3,4 miljoen.

Je toetsing aan het Roanne-arrest volg ik geheel, evenals je conclusie: linksom of rechtsom lijkt het project mij aanbestedingsplichtig.